

DAS RELAÇÕES DE PARENTESCO

DOMINGOS FRANCIULLI NETTO

Ministro do Superior Tribunal de Justiça.

1. CONCEITO

Conforme a origem etimológica perlustrada por Rubens Limongi França, "'Parentesco' vem de *parente*. Parente, do latim *parens-tis*; participio presente do verbo *pario-ere*, que quer dizer parir, dar à luz, gerar"¹.

Atualizados os precisos conceitos formulados, entre outros, por Pontes de Miranda² e por Maria Helena Diniz³, tem-se que parentesco é a relação que vincula as pessoas por descenderem umas das outras ou de um só tronco pelo casamento ou união estável, pela adoção ou, finalmente, pela filiação social.

2. ESPÉCIES E TERMINOLOGIA

São quatro as espécies de parentesco: a) consanguíneo ou natural, o que vincula entre si pessoas que descendem umas das outras em linha reta (art. 1.59/art. 330, CC 1916)⁴ ou provenientes de um só tronco, sem descenderem umas das outras, em linha colateral ou transversal (art. 1.592/art. 331, CC 1916)⁵; b) afim, o que aproxima cada cônjuge ou companheiro⁶ (convivente)⁷ aos ascendentes, aos

¹ *Instituições de direito civil* (todo o Direito Civil num só volume), 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1991, p. 329.

² *Tratado de direito privado*, 4. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, t. IX, § 946, p.3.

³ *Curso de direito civil brasileiro*, 11. ed., São Paulo, Saraiva, vol. 5º, p. 297.

⁴ Foi mantida a redação anterior, com pequena alteração gráfica: foram excluídas as vírgulas da expressão *em linha reta*.

⁵ Na mesma acepção emprega-se também a expressão em linha oblíqua. A novidade é a limitação do parentesco colateral até o 4º grau; antes, era até o 6º grau. Foram igualmente erradicadas as vírgulas da expressão em linha colateral.

⁶ Termo usado pela Lei n. 8.971, de 29 de dezembro de 1994, que regula o direito dos companheiros a alimentos e a sucessão. Na redação anterior do Projeto do CC, figurava a expressão convivente, mais expressiva e significativa no campo do direito de família. A redação final do texto, elaborada pela Câmara dos Deputados, contudo, substituiu



BDJur

<http://bdjur.stj.gov.br>

descendentes ou aos irmãos do outro (art. 1.595, §§ 1º e 2º/art. 334, CC 1916)⁸; c) civil, o proveniente da adoção (art. 1.593/art. 336, CC 1916)⁹; d) pela filiação social (arts. 1.593 e 1.597, V)¹⁰.

O parentesco decorrente da adoção é um parentesco civil, *ex vi legis*. Na dicção de Washington de Barros Monteiro, esse parentesco "é o criado pela lei através do instituto da adoção"¹¹. Entre os autores estrangeiros, conceituam esse parentesco como legal Luis Diez-Picazo e Antonio Gullon, *in verbis*: "la doctrina admite la existência de um parentesco legal (*omissis*) nacido de la adopción"¹². Não olvidar, todavia, que o parentesco legal não é exclusivo da adoção, pois, como aponta Orlando Gomes, "*a afinidade se estabelece por determinação legal*"¹³.

É de autoria de Caio Mário da Silva Pereira a expressão filiação social¹⁴, ligada à inseminação artificial heteróloga (art. 1.597, V).

Exclusivamente para fins didáticos e históricos, até o advento da atual CF, o parentesco natural, também chamado consangüíneo,

convivente por companheiro. Louvável a proscrição das expressões concubinato e concubino, pois uma e outra não se acadrinam com o conceito de união estável.

⁷ Palavra empregada pela Lei n. 9.278, de 10 de maio de 1996, que regula o § 3º do art. 226 da CF; *Convivenza more uxorio* e convivente são expressões correntes no Direito italiano (Giorgio Cian e Alberto Trabucchi, *in Commentario breve al Codice Civile*, 5. ed., Padova, CEDAM, 1997, art. 74, p. 277).

⁸ O art. 334 CC 1916 limitava-se ao caput. Quanto a este, veio a adir a alternativa *cônjuge ou companheiro*, além da adjunção de dois parágrafos: o primeiro a limitar a afinidade aos ascendentes, aos descendentes e aos irmãos do cônjuge ou companheiro; o segundo a dispor que a afinidade em linha reta não se extingue com a dissolução do casamento ou da união estável.

⁹ Não há propriamente artigo correspondente ao CC 1916. Neste, o art. 336 cingia-se a restringir o parentesco da adoção entre o adotante e o adotado. O novo dispositivo contrapõe o parentesco civil ao natural: o último é resultante da consangüinidade; o primeiro, de outra origem, *id est*, da adoção ou da procriação assistida na modalidade de inseminação heteróloga.

¹⁰ Oriunda da inseminação heteróloga. Ver parte final da nota anterior.

¹¹ *Curso de direito civil - Família*, 34. ed., São Paulo, Saraiva, p. 235.

¹² *Sistema de derecho civil*, 6. ed., Madrid, Tecnos, vol. IV, p. 45.

¹³ *Direito de família*, 11. ed., Rio de Janeiro, Forense, p. 311.

¹⁴ *Instituições de direito civil*, 11. ed., Rio de Janeiro, Forense, vol. V, p. 173.



subdividia-se em legítimo ou ilegítimo: legítimo, quando procedente do casamento; ilegítimo, o que provinha de ascendência comum, mas originada de relação não-matrimonial.

À luz do direito positivo atual, não se pode mais falar em parentesco legítimo e parentesco ilegítimo, uma vez que a Constituição de 1988 veda "quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação" (art. 227, § 6º). Daí por que há quem prefira, como João Baptista Villela, designar a filiação como matrimonial ou não-matrimonial, o que não arranharia a proibição constitucional¹⁵.

A doutrina, com lastro e a partir do art. 332 do CC 1916¹⁶, entre outros, antes, destringia o parentesco ilegítimo em natural e espúrio - o primeiro derivado de pessoas que não estavam impedidas de casar¹⁷; o espúrio, de pessoas impedidas de casar. Este por sua vez comportava duas categorias: o adulterino e o incestuoso: aquele concernente à união de pessoas casadas com terceiro (uma delas ou ambas), na constância da sociedade conjugal; incestuoso o que brotava da união de pessoas impedidas de casar, por parentesco próprio.

O direito canônico também prevê o sacrílego, o derivado do congresso de pessoas que formularam votos religiosos¹⁸.

Disserta Caio Mário da Silva Pereira "que algumas denominações devem ainda ser lembradas pela freqüência de sua utilização. Chamam-se irmãos germanos os filhos dos mesmos pais; unilaterais os que o são por um só deles, a saber: uterinos, os filhos da

¹⁵ *Apud* Maria Helena Diniz, ob. cit., p. 298.

¹⁶ Rezava o art. 332: "O parentesco é legítimo, ou ilegítimo, segundo procede, ou não, de casamento; natural, ou civil, conforme resultar de consangüinidade, ou adoção".

¹⁷ Clóvis: "*Ex soluto et soluta*", in *CC comentado*. Rio de Janeiro, Liv. Francisco Alves/Ed. Paulo de Azevedo, 1960, vol. II, art. 332, p. 229.

¹⁸ Rubens Limongi França, ob. cit., p. 330.



mesma mãe e pais diversos; consangüíneos, os filhos do mesmo pai, e mães diferentes"¹⁹.

A distinção entre irmãos bilaterais e unilaterais repercute no Direito das Sucessões²⁰. Em matéria de alimentos, o CC agasalha a expressão *germanos*. Estes, assim como os unilaterais, são responsáveis pela obrigação alimentar, na hipótese prevista no art. 1.697.

Na linha transversal, colateral ou oblíqua, Maria Helena Diniz, com remissão às lições de Orlando Gomes e Washington de Barros Monteiro, alude ao parentesco duplo, para a hipótese dos duplamente primos, ou seja, primos por parte de pai e, ao mesmo tempo, por parte de mãe²¹.

É interessante abrir um parêntese para dizer que o CC argentino abriga distinções desse jaez²², aliás contraditórias no meio forense e mesmo no linguajar comum.

Retomando a lição supra, adverte Caio Mário da Silva Pereira que "não obstante as classificações tradicionais, a Constituição de 1988 estabeleceu que os filhos havidos ou não de relações de casamento ou, por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. Não haverá, portanto, distinção entre filhos legítimos, ilegítimos e adotivos, para efeito de atribuição de direitos e benefícios"²³.

¹⁹ Ob. cit., p. 173.

²⁰ Cf., p. ex., os arts. 1.841, 1.842 e 1.843, §§ 22 e 3a.

²¹ Ob. cit., p. 305.

²² "Art. 360. Los hermanos se distinguen en bilaterales y unilaterales. Son hermanos bilaterales los que proceden del mismo padre y de la misma madre. Son hermanos unilaterales los que proceden del mismo padre, pero de madres diversas, o de la misma madre pero de padres diversos. Art. 361. Cuando los hermanos unilaterales proceden de un mismo padre, tienen el nombre de hermanos paternos; cuando proceden de la misma madre, se llaman hermanos maternos".

²³ Ob. cit., p. 173.



A filiação é natural quando se cuida de procriação derivada da consangüinidade, segundo conceitua Zeno Veloso²⁴. Melhor assim, porque o parentesco anteriormente qualificado de legítimo também não deixava de ser parentesco natural. Seja como for, no entanto, era o enunciado do art. 332, CC 1916, postergado do sistema jurídico positivo pelo art. 227, § 6º, da CF. Mesmo que a Carta Política de 1988 tivesse recepcionado tal dispositivo, o art. 332 em exame acabaria revogado por lei ordinária²⁵.

3. PARENTESCO LEGAL E PARENTESCO REAL

É curial que as expressões parentesco e família, via de regra, são indissociáveis.

"A idéia mais exata de família, encontramos em Manuel de Almeida e Souza ('Notas de Uso Prático'), que dá a 'seguinte definição ou conceituação, despretensiosa, simples, mas muito exata: Esta palavra família, em um sentido especial, compreende o pai, a mãe e os filhos; e, tomada em um sentido geral, compreende todos os parentes'", na preleção do saudoso Agostinho Alvim²⁶.

Como se colhe do escólio de Wilfried Schlüter, no direito de família alemão, "família pode ser uma vez entendida como grande família, ou seja, como comunidade de todos os parentes consangüíneos. Ela é tomada como princípio pela lei, nos §§ 1.601 ff 1.589 BGB sobre a obrigação de pensão entre parentes e nos §§ 1.924 ff BGB sobre a sucessão legal. Mas família também pode ser entendida como *pequena família* no sentido de uma comunidade doméstica de pais e filhos. As mais importantes disposições jurídicas sobre direito de família no direito vigente dizem respeito à pequena família, por exemplo: as disposições sobre o

²⁴ *Direito brasileiro da filiação e paternidade*, São Paulo, Malheiros, 1997, p. 7.

²⁵ Lei n. 8.560, de 29 de dezembro de 1992, sobre investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento.

²⁶ "Postilas de direito de família e sucessões", das aulas proferidas por Agostinho Alvim aos alunos da Faculdade Paulista de Direito da PUC/SP, 1964, fl. 4.



direito do casamento (§§ 1.297-1.588 BGB) e sobre a relação jurídica entre pais e filhos (§§ 1.616 ff BGB). Também a proteção constitucional do art. 6 GG diz somente respeito à família unida nos estreitos círculos da comunidade doméstica"²⁷.

Para a obrigação de alimentos, o CC suíço vale-se do termo comunidade familiar, a abarcar os parentes consangüíneos na linha ascendente ou descendente e os irmãos²⁸; demarca esse mesmo estatuto a bitola em que se encaixa a autoridade doméstica, que "se estende a todas as pessoas que, na qualidade de parentes consangüíneos ou afins, ou, com fundamento em contrato, como serviçais, aprendizes ou oficiais ou em outra posição semelhante, vivem na comunidade doméstica"²⁹.

Pelos estudos de genealogia, o parentesco real não se limita aos graus de parentesco na linha reta. No particular, parentesco real e parentesco legal confundem-se. O direito, de modo geral, não precisa preocupar-se com isso: ascendentes e descendentes são sempre parentes até o infinito. A natureza encarrega-se de fazê-lo: pai (filho), avô (neto), bisavô (bisneto), trisavô (trineto) e tetravô (tetranelo) etc. Na linguagem vulgar, costuma-se suprimir o trisavô, ao passar-se do bisavô ao tetravô ("tataravô"). O bisneto ser contemporâneo do bisavô já é raro; quanto mais o trineto do trisavô, pelo menos até a aurora deste século XXI.

A célebre polêmica travada entre Ernesto Carneiro Ribeiro³⁰ e Rui Barbosa permanece ainda acesa, como fonte inesgotável de consulta dos cultores do vernáculo. Interessa particularmente aqui a veemente redarguição de Rui, em defesa do emprego da palavra pai em vez de

²⁷ Código Civil alemão - Direito de Família - BGB - Familienrecht, trad. de Elisete Antonink, 9. ed., Porto Alegre, Sérgio A. Fabris Ed., 2002, p. 55-56.

²⁸ Arts. 328 e 329 do CC suíço.

²⁹ CC suíço, art. 331, segunda parte.

³⁰ Professor jubilado do Ginásio da Bahia.



progenitor³¹ na redação do art. 391 do CC 1916, para arredar a ambigüidade de sentido, uma vez que progenitor ora é empregado com o significado de pai, ora com o de avô e até de ascendentes mais remotos.

Assim esmiuçou o ilustre jurisconsulto e político baiano a diferença entre os substantivos que pudessem ser abrigados: "Não atentemos contra as riquezas de nosso idioma. Nele existem os substantivos genitor, primigenitor e progenitor. Genitor é exclusivamente o pai. Primigenitor é o ascendente, em que se acha a primeira estirpe do tronco ancestral, o mais remoto dos maiores, a origem da família, o seu genearca. Da palavra usou Vieira [*Sermões*, v. III, p. 130]. Progenitor, enfim, era nativamente, e por largo tempo foi o avô, qualquer dos ascendentes, com exclusão do pai, exclusão, que, com o curso dos anos, por influxo da analogia, da liberdade literária e da inadvertência vulgar, acabou por desaparecer"³².

De igual sorte, a pesquisa genealógica é capaz de individualizar parentes reais longínquos na linha colateral. Nesta, porém, intervém o legislador: nem todos parentes reais são parentes legais.

Alteração digna de nota é a limitação do parentesco colateral até o quarto grau (art. 1.592), o que se concilia com o art. 12, parágrafo único³³, e com o art. 1.839³⁴.

³¹ O termo progenitor é usado no CC português. Art. 1.581.1. "Na linha reta há tantos graus quantas as pessoas que formam a linha de parentesco, excluído o progenitor. 2. Na linha colateral os graus contam-se pela forma, subindo por um dos ramos e descendo pelo outro, mas sem contar o progenitor comum."

³² "Réplica", reedição do Conselho Seccional do Rio de Janeiro da OAB e da Fundação Casa de Rui Barbosa, vol. 1, p. 317.

³³ "Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau."

³⁴ "Art. 1.839. Se não houver cônjuge sobrevivente, nas condições estabelecidas no art. 1.830, serão chamados a suceder os colaterais até o quarto grau."



O parentesco colateral, antes, era até o sexto grau e apenas tinha razão de ser quando da promulgação do CC 1916 (art. 331), oportunidade em que a herança legítima chegava até o sexto grau. Mas, por lei posterior, estabeleceu-se que a herança apenas poderia espraiair-se até o quarto grau (art. 1.612, CC 1916)³⁵.

A única eficácia legal remanescente do art. 331 do CC 1916, quanto aos parentes de quinto e sexto grau, depois de revogado o art. 1.612 do diploma pretérito, na ensinância de Agostinho Alvim, era a que conferia a esses parentes legitimidade para requererem medidas em favor do menor contra o pai ou a mãe por abusos do então chamado pátrio poder³⁶, hoje poder familiar.

4. ESQUEMA GRÁFICO E MODO DE CONTAR O GRAU DE PARENTESCO

Conta-se o grau de parentesco em linha reta pelo número de gerações que separam as pessoas (art. 1.594 CC/art. 333, CC 1916). As pessoas que estão umas para com as outras na relação de ascendentes e descendentes, ou vice-versa, são sempre parentes, estejam próximas ou distantes em graus. Conquanto não haja limitação em graus, porque tal ocorre por força da natureza, como já foi visto, os graus podem ser contados porque os parentes mais próximos precedem aos mais remotos, para apuração de direitos e obrigações, como regra³⁷, a comportar, v.g., a exceção do art. 12, parágrafo único, a legitimar qualquer parente em linha reta para a medida prevista no *caput*.

A contagem de graus em linha reta dá-se de pessoa a pessoa, menos um. Conforme se extrai do esquema a seguir, Paulo é pai de Sávio e Teresa (1º grau); avô de Maria e José (2º grau); bisavô de Ana e

³⁵ Sobre as alterações sofridas pelo art. 1.612 do CC 1916, cf. Theotonio Negrão, in Código Civil e legislação..., 21. ed., São Paulo, Saraiva, nota n. 3 ao art. 1.612, p. 297.

³⁶ Fonte citada, fl. 299.

³⁷ Cf., p. ex., arts. 1.696 e 1.697.



Bernardo (3º grau); e trisavô de Ida e Felipe (4º grau). Teresa é mãe de José (1º grau) e avó de Bernardo (2º grau) etc.

Na linha colateral ou transversal, partindo-se do parente cujo grau de parentesco se pretende determinar, sobe-se em linha reta, contando cada degrau ou grau, até o ascendente comum, descendo depois até o paradigma (art. 1.594 CC/art. 333 CC 1916). No gráfico acima, por exemplo, Sávio e Teresa são parentes em 2º grau (irmãos); Sávio e José são parentes em 3º grau (tio e sobrinho); Sávio e Bernardo são parentes em 4º grau (tio-avô e sobrinho-neto).

Na linha colateral, a denominação que interessa ao direito é a que vai até o 4º grau: irmão, primo, tio, sobrinho, tio-avô e sobrinho-neto.

No tocante à contagem do parentesco por afinidade, procede-se da mesma forma, apenas superpondo-se esquematicamente a posição do cônjuge ou companheiro no lugar ocupado naturalmente pelo outro, com a observação de que esse parentesco encontra-se estremado pelo art. 1.595, § 1º.

5. PARENTESCO NATURAL E PARENTESCO CIVIL (ART. 1.593)

Em recordação do que já foi ventilado, tem-se que o parentesco pode ser: a) natural ou consangüíneo, quando vincula entre si pessoas que descendem umas das outras em linha reta (art. 1.591/art. 330 CC 1916) ou provenientes de um só tronco, sem descenderem umas das outras, em linha colateral ou transversal (art. 1.592/art. 331 CC 1916); ou b) civil, se proveniente de adoção (art. 1.593/art. 330 CC 1916) ou de filiação social (arts. 1.593³⁸ e 1.597, V).

³⁸ A Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (JDC/CEJ-CJF), no período de 11 a 13 de setembro de 2002, sob a coordenação geral do Ministro Milton Luiz Pereira e coordenação científica do Ministro Ruy



6. PARENTESCO POR AFINIDADE

Parentesco por afinidade³⁹ é aquele que une cada cônjuge ou companheiro (convivente) aos ascendentes, aos descendentes e aos irmãos do outro (art. 1.595, §§ 1º e 2º).

A afinidade dá-se em linha reta ou em linha colateral, limitada a última aos irmãos do cônjuge ou companheiro (art. 1.595, § 1º), com a observação de que não se extingue a afinidade em linha reta (ascendentes/descendentes) com a dissolução do casamento ou da união estável (art. 1.595, § 2º).

Abra-se um parêntese para lembrar que o art. 139-A do Regimento Comum do Congresso Nacional, introduzido por força da Resolução-CN n. 01/2000, de 31 de janeiro de 2000, dispõe que "o projeto de código em tramitação no Congresso Nacional há mais de três legislaturas será, antes de sua discussão final na casa que o encaminhará à sanção, submetido a uma revisão para a sua adequação às alterações constitucionais e legais promulgadas desde sua apresentação".

Com base no dispositivo regimental supracitado, na revisão final da redação do texto, na Câmara dos Deputados, foi acrescentado "ou companheiro". Igualmente, no § 1º, na parte final, deu-se a adição da alternativa "ou companheiro", na mesma casa legislativa. Finalmente, ainda na revisão final do texto, no § 2º, ocorreram duas alterações: a expressão "dissolução da sociedade conjugal" foi substituída por outra, ou

Rosado de Aguiar, ambos do STJ, a respeito do tema deste item, apresentou o Enunciado n. 103, a seguir transcrito: "103—Art. 1.593: o Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho".

³⁹ Eduardo Espínola apresenta como sinônimo de afinidade a palavra aliança, louvado, ao que parece, na redação do art. 334, CC 1916 (cf. *A família no direito civil brasileiro*, atualização de Ricardo Rodrigues Gama, 1. ed., Campinas, Bookseller, 2001, p. 489).



seja, "dissolução do casamento", e, por outro lado, foi incluída a cláusula "ou da união estável".

Em decorrência disso, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, em erudito artigo, enxerga a ocorrência de inconstitucionalidade formal nas alterações redacionais supramencionadas, uma vez que, para tanto, não houve aprovação pelo Senado Federal⁴⁰.

No magistério de Alexandre de Moraes, em que pese o respeito devido à douta argumentação, o Excelso Supremo Tribunal Federal tem entendido que somente as normas do processo legislativo, abrigadas na CF (arts. 59 a 69), dão ensejo à alegação de inconstitucionalidade formal, uma vez que a infringência de normas meramente regimentais é tida como assunto *interna corporis*, não suscetível de apreciação judiciária⁴¹. Escusado dizer que essas modificações se acadriram com as alterações constitucionais e legais que vieram a lume desde a apresentação do projeto que vingou no atual Código Civil, razão pela qual não há cogitar, outrossim, de inconstitucionalidade substancial.

O art. 334 do CC 1916 cingia-se a rezar que "cada cônjuge é aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade".

Há simetria entre o parentesco por afinidade com o parentesco consanguíneo para a contagem e discriminação de linhas, graus e espécies.

"Na reta ascendente" - na vereda dos ensinamentos de Washington - "estão sogro, sogra, padrasto e madrasta, no mesmo grau que pai e mãe. Serão eles, destarte, afins em primeiro grau. Na linha

⁴⁰ Das relações de parentesco, in *Direito de família e o Novo Código Civil*, 2. ed., Belo Horizonte, Del Rey, 2002, p. 88-118, particularmente p. 110-113.

⁴¹ *Direito constitucional*, 12. ed., São Paulo, Atlas, 2002, p. 598.



descendente encontram-se genro, nora, enteado e enteada, no mesmo grau de filho ou filha; serão eles, portanto, igualmente, afins de primeiro grau"⁴².

Torna-se uma pessoa afim com os irmãos do cônjuge ou companheiro, na linha colateral, em decorrência do casamento ou de união estável. Uma pessoa, por força do matrimônio ou de união estável de um irmão seu, p. ex., passa a ter afinidade com essa pessoa a quem seu irmão tomou como mulher ou companheira.

Na esteira da tradição de nosso direito, deriva a afinidade do matrimônio válido⁴³; e, agora, também, da união estável (art. 1.595, §§ 1º e 2º).

A afinidade circunscreve-se apenas entre os parentes consangüíneos do cônjuge ou companheiro e os parentes consangüíneos do outro cônjuge ou companheiro. A afinidade é um vínculo estritamente pessoal, na medida em que os afins de um cônjuge ou companheiro não são afins entre si⁴⁴. "Logo", - conclui Maria Helena Diniz - "não há afinidade entre concunhados"⁴⁵. Com a dissolução do vínculo que unia os cônjuges ou companheiros, desaparece a afinidade na linha colateral, ao reverso do que acontece em linha reta, de sorte que, do ponto de vista legal, desaparece o cunhadio.

Deveras, "o casamento entre cunhados, que o foram, não está proibido", na doutrina de Orlando Gomes. "Assim não é em direito canônico, mas o impedimento pode ser dispensado. No Deuteronômio se

⁴² Ob. cit., p. 235.

⁴³ "O casamento putativo" — como pontifica Orlando Gomes — "não gera afinidade, uma vez que a boa-fé somente produz efeitos em relação ao cônjuge e à prole, jamais a respeito de terceiros" (ob. cit., p. 318).

⁴⁴ Orlando Gomes: "adfinēs inter se non sunt adfinēs" (ob. cit., p. 318); Washington: "affines inter se non sunt affines, porquanto affinitas non parit affinitatem" (ob. cit., p. 235).

⁴⁵ Ob. cit., p. 298.



estabeleceu o levirato, que obrigava o cunhado a casar-se com a viúva do irmão. No Direito moderno, não se faz qualquer distinção entre matrimônio do viúvo e da viúva com o cunhado, visto não sobreviver a afinidade ao óbito do cônjuge."

"Constitui incesto o casamento entre afins na linha reta, mas, tão-somente" - prossegue o civilista baiano - "para determinar sua nulidade. Não é incestuoso o matrimônio de cunhados."

Remata a douta lição:

"Além de impedir o matrimônio, produz a afinidade outros efeitos, dentre os quais sobressaem a obrigação recíproca de alimentos e o direito de promover a interdição. Restrições têm, entretanto, sido admitidas, como, por exemplo, a de que os alimentos não se devem após a morte do cônjuge que é causa da afinidade e as segundas núpcias da sogra. No direito processual, o vínculo influi, quer para o testemunho, quer para o julgamento da ação. No direito eleitoral, gera inelegibilidades; a afinidade não tem influência alguma sobre direitos sucessórios - *adfinitates jure nulla successio permittitur*"⁴⁶.

Não podem casar os afins em linha reta (art. 1.521, II/art. 183, II, CC 1916), a exemplo do que ocorre com o parentesco natural ou civil (art. 1.521, I/art. 183, I, CC 1916).

7. INEXISTÊNCIA DE PARENTESCO ENTRE OS CÔNJUGES

Defende Rubens Limongi França a orientação no sentido de que marido e mulher são parentes um do outro, ligados pelo vínculo da afinidade⁴⁷.

Inclina-se em sentido oposto, no entanto, a corrente doutrinária majoritária. Entre os juristas de primeira linha, que comungam

⁴⁶ Ob. cit., p. 319-320.

⁴⁷ Ob. cit., p. 334.



desse pensamento, podem ser lembrados Orlando Gomes⁴⁸ e Washington de Barros Monteiro, cuja lição é de todo convincente: "... cumpre ainda acentuar que o cônjuge não é afim; como ensina Lomonaco, entre os cônjuges há relação muito mais estreita do que a afinidade e o próprio parentesco; *inter conjuges est communio*. Os antigos exprimiam vigorosamente essa mesma idéia com a frase: *uxor non est affinis, sed causa adfinitatis*"⁴⁹.

8. PARENTESCO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Inúmeros são os efeitos da relação de parentesco no direito positivo brasileiro:

Constituição Federal de 1988: inelegibilidades (art. 14, § 7º); entidade familiar (art. 226, § 4º); paternidade responsável (art. 226, § 7º); proibição de designações discriminatórias relativas à filiação (art. 227, § 6º); e deveres recíprocos entre pais e filhos (art. 229).

Código de Processo Civil (Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973): impedimento (arts. 134, IV e V, e 136 a 138, 405, § 2º, I, 741, VII, 756, I, c/c 741, VII, e 742)⁵⁰; segredo de justiça (art. 155, II); nojo impediendo de citação (art. 217, II); depoimento (art. 347, parágrafo único); e medidas provisionais (art. 888, II, III, IV, V e VII).

Código Penal (Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940, de acordo com a reforma da Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984): infanticídio (art. 123); exposição ou abandono de recém-nascido (art. 134); seqüestro e cárcere privado - aumento de pena (art. 148, § 1º, I); dos crimes contra o patrimônio - isenção de pena (art. 181, II); ação

⁴⁸Ob. cit., p. 320.

⁴⁹Ob. cit., p. 241.

⁵⁰Impedimento em legislação esparsa: RISTF (arts. 277 a 287); RISTJ (arts. 272 a 282); árbitro (Lei n. 9.307/96, art. 14); e tribunais (Lei Complementar n. 35, de 14-3-1979-LOM, art. 128). (art. 246); e induzimento a fuga, entrega arbitrária ou sonegação de incapazes (art. 248).



mediante representação (art. 182, II e III); dos crimes contra os costumes - ação penal exclusivamente mediante queixa (art. 225); por meio de ação pública (art. 225, § 1º, I); por ação pública condicionada (art. 225, § 2º); mediação para servir a lascívia de outrem - forma qualificada (art. 227, § 1º); supressão ou alteração de direito inerente ao estado civil de recém-nascido (art. 242); sonegação de estado de filiação (art. 243); abandono material (art. 244); entrega de filho menor a pessoa inidônea (art. 245); abandono intelectual (art. 246); e induziram a fuga, entrega arbitrária ou sonegação incapazes (art. 248).

Código de Processo Penal (Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941): depoimento de testemunha - recusa (art. 206); impedimento ou suspeição do juiz decorrente de parentesco (art. 255); impedimentos do juiz (arts. 252, I e IV); juízes parentes em colegiado (art. 253); impedimentos do juiz, órgão do Ministério Público, serventuários ou funcionários de justiça e os peritos ou intérpretes (art. 112); impedimentos de órgãos do Ministério Público (art. 258); impedimentos para servir no conselho do júri (art. 462).

Legislação eleitoral (Lei Complementar n. 64, de 18 de maio de 1990): inelegibilidade (art. 1º, § 3º).

Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis Federais (Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990): licença por motivo de saúde em pessoa da família (art. 83); ausência de serviço justificada relacionada com o parentesco (art. 97, III, *b*); licença (art. 102, VIII, *a*); proibições por causa de parentesco (art. 117, VIII e XI)⁵¹; proteção previdenciária e

benefícios (art. 184, II, 185, I, *b e e*, 196, 197, I e III, 199, 208, 209 e 217, I, *d*, II, *a e c*); e perda da qualidade de beneficiário (art. 222, IV).

Previdência Social (Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991): dependentes (art. 16, I, II, III, § 2º); inscrição (art. 77, § 3º); salário-família (arts. 65 a 67); e pensão por morte - cessação (art. 77, § 1º, *b*).

Regulamento do Imposto de Renda (Decreto n. 3.000, de 26 de março de 1999): declaração (art. 4º, §§ 1º a 3º).

Código Civil (Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002): são 119 artigos⁵², salvo engano, sem contar os específicos do subtítulo "Das Relações de Parentesco" (arts. 1.591 a 1.638).

⁵¹ Digna de elogio é a Lei n. 7.451, de 19 de julho de 1991, do Estado de São Paulo, cujo art. 4º, parágrafo único, veda a nomeação de cônjuge, de afim e de parente em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, incluído, de qualquer dos integrantes do Poder Judiciário do Estado, para o cargo em comissão de assistente jurídico de desembargador. No mesmo diapasão é a Lei n. 9.730, de 5 de dezembro de 1988, do Estado de Minas Gerais (art. 3º), e a Lei Complementar n. 32, de 20 de maio de 1994, também do mesmo Estado.

⁵² Art. 5º, parágrafo único, I (art. 9º, § 1º, I, CC 1916); art. 9º, II (art. 12, II, CC 1916); art. 20, parágrafo único; art. 25, §§ 1º e 2º (arts. 466 e 467 CC 1916); art. 30, § 2º; art. 33, caput (art. 477 CC 1916); art. 39, caput (art. 483, caput, CC 1916); art. 151 (art. 98 CC 1916); art. 156; art. 197, II (art. 168, II, CC 1916); art. 215, § 1º, III (art. 134, § 1º, *c*, CC 1916); art. 228, V (art. 142, IV, CC 1916); art. 229, II e III; art. 496 (art. 1.132 CC 1916); art. 533, II (art. 1.164, II, CC 1916); art. 544 (art. 1.171 CC 1916); art. 558; art. 786, § 1º; art. 790, parágrafo único (art. 1.472, parágrafo único, CC 1916); art. 932, I (art. 1.521, I, CC 1916); art. 934 (art. 1.524 CC 1916); art. 965, III (art. 1.569, III, CC 1916); art. 965, V (art. 1.569, V, CC 1916); art. 974, caput e § 1º; art. 1.066, § 1º (art. 162, § 2º, da Lei das S.A.); art. 1.239; art. 1.240; art. 1.412, caput e § 2º (arts. 742 e 744, II, CC 1916); art. 1.414 (art. 746 CC 1916); art. 1.482 (art. 815 CC 1916); art. 1.489, II (art. 827, II e III, CC 1916); art. 1.517 (arts. 183, XI, 185 e 186 CC 1916); art. 1.518 (art. 187 CC 1916); art. 1.521, I a V (art. 183, I a V, CC 1916); art. 1.523, I e IV (art. 183, XIII e XV, CC 1916); art. 1.523, parágrafo único; art. 1.524 (art. 190 CC 1916); art. 1.534, caput (art. 193, caput, CC 1916); art. 1.536, II (art. 195, II, CC 1916); art. 1.540 (art. 199, parágrafo único, CC 1916); art. 1.545 (art. 203 CC 1916); art. 1.546 (art. 205 CC 1916); art. 1.552, III (art. 213, III, CC 1916); art. 1.557, III (art. 219, III, CC 1916); art. 1.558; art. 1.560, § 1º, III (art. 178, § 5º, III, CC 1916); art. 1.561 (art. 221 CC 1916); art. 1.566, IV (art. 231, IV, CC 1916); art. 1.567, caput (art. 223, caput, CC 1916); art. 1.568 (art. 233 CC 1916); art. 1.574, parágrafo único (art. 4º da Lei n. 6.515/77); art. 1.576, parágrafo único (art. 3º, § 1º, da Lei n. 6.515/77); art. 1.579 (art. 27 da Lei n. 6.515/77); art. 1.582, parágrafo único (art. 24 da Lei n. 6.515/77); art. 1.583 (art. 9º da Lei n. 6.515/77); art. 1.584 (arts. 10, 11 e 12



9. BREVES NOÇÕES ACERCA DO PARENTESCO NO DIREITO COMPARADO

A expressão "breves" neste item não foi empregada por mera força de expressão. As singelas lembranças ora postiladas, antes de breves, são brevíssimas, sem preocupação maior de ordem metodológica e sistemática.

Posto terem sido feitas algumas remissões pontuais de Direito Comparado no curso deste despretensioso trabalho, volta-se ao tema para alguns adminículos.

O Brasil pertence à família de Direito Romano-germânico, continuadora do Direito Romano. Como elucida René David, "a família de direito romano-germânico está actualmente dispersa no mundo inteiro. Ultrapassando largamente as fronteiras do antigo Império Romano, ela

da Lei n. 6.515/77); art. 1.585; art. 1.586 (art. 13 da Lei n. 6.515/77); art. 1.587 (art. 14 da Lei n. 6.515/77); art. 1.588 (art. 329 CC 1916); art. 1.589 (art. 15 da Lei n. 6.515/77); art. 1.590 (art. 16 da Lei n. 6.515/77); art. 1.647, parágrafo único (art. 236 CC 1916); art. 1.689 (arts. 385 e 389 CC 1916); art. 1.690 (art. 384, V, CC 1916); art. 1.691 (arts. 386 e 388 CC 1916); art. 1.692 (art. 387 CC 1916); art. 1.693 (art. 391 CC 1916); art. 1.694 (art. 396 CC 1916); art. 1.696 (art. 397 CC 1916); art. 1.697 (art. 398 CC 1916); art. 1.698; art. 1.703; art. 1.704, parágrafo único; art. 1.705; art. 1.716 (art. 70, parágrafo único, CC 1916); art. 1.720, parágrafo único; art. 1.722; art. 1.724; art. 1.728 (art. 406 CC 1916); art. 1.729 (art. 407 CC 1916); art. 1.730 (art. 408 CC 1916); art. 1.731 (art. 409 CC 1916); art. 1.733 (art. 411 CC 1916); art. 1.735, II e III (art. 413, II e III, CC 1916); art. 1.736, III (art. 414, III, CC 1916); art. 1.737 (art. 415 CC 1916); art. 1.740, III (art. 424 CC 1916); art. 1.745, caput (art. 423 CC 1916); art. 1.746 (art. 425 CC 1916); art. 1.755 (art. 434 CC 1916); art. 1.768, I e II (art. 447, I e II, CC 1916); art. 1.775, §§ 1º e 2º (art. 454, §§ 1º e 2º, CC 1916); art. 1.778 (art. 458 CC 1916); art. 1.779, caput (art. 462, caput, CC 1916); art. 1.790, I a IV; art. 1.799, I (arts. 1.717 e 1.718 CC 1916); art. 1.801, I (art. 1.719, I, CC 1916); art. 1.802, parágrafo único (art. 1.720 CC 1916); art. 1.803; art. 1.811 (art. 1.588 CC 1916); art. 1.814, I (art. 1.595, I, CC 1916); art. 1.816, caput (art. 1.599 CC 1916); art. 1.829, I, II e IV (art. 1.603, I, II e IV, CC 1916); art. 1.832; art. 1.833; art. 1.834; art. 1.835 (art. 1.604 CC 1916); art. 1.837; art. 1.838 (art. 1.611 CC art. 1.839 (art. 1.612 CC 1916); art. 1.840 (art. 1.613 CC 1916); art. 1.841 (art. 1.614 CC 1916); art. 1.842 (art. 1.616 CC 1916); art. 1.843 (art. 1.617 CC 1916); art. 1.844 (art. 1.619 CC 1916); art. 1.845 (art. 1.721 CC 1916); art. 1.850 (art. 1.725 CC 1916); art. 1.851 (art. 1.620 CC 1916); art. 1.852 (art. 1.621 CC 1916); art. 1.853 (art. 1.622 CC 1916); art. 1.962 (art. 1.744 CC 1916); art. 1.963 (art. 1.745 CC 1916); art. 1.973 (art. 1.750 CC 1916); art. 2.002, caput (art. 1.786 CC 1916); art. 2.003 (art. 1.785 CC 1916); art. 2.005, parágrafo único (art. 1.788 CC 1916); art. 2.009 (art. 1.791 CC 1916); art. 2.010 (art. 1.793 CC 1916); art. 2.011 (art. 1.794 CC 1916); e art. 2.018 (art. 1.776 CC 1916).



conquistou, particularmente, toda a América Latina, uma grande parte da África, os países do Próximo Oriente, o Japão, a Indonésia"⁵³. Clarificou, em outro passo, que o "sistema romano-germânico uniu os povos da Europa, respeitando a sua diversidade - fora da qual a Europa não seria o que é..."⁵⁴.

Sem maiores digressões, não deve passar despercebida a ponderação desse renomado tratadista ao apontar semelhanças entre os sistemas dos países de direito romano-germânico e dos países de *common law*, a despeito da estrutura bem diferente destes em relação àqueles⁵⁵.

Na erudita lição de José Carlos Moreira Alves, na fase mais avançada do Direito Romano, estavam unidas pelo laço de parentesco as pessoas que constituíam a *familia proprio iure*, ou seja, a família em sentido estrito, expressão usada "para designar o complexo de pessoas que se encontravam sob a *potestas* de um *pater familias*". Segue o mestre: "No direito romano havia duas espécies de parentesco: o agnático (*agnatio* = agnação) e o cognático (*cognatio* = cognação). O parentesco agnático é o que se transmite apenas pelos homens; o cognático é o que se propaga pelo sangue, e, em consequência, tanto por via masculina, quanto por via feminina"⁵⁶.

⁵³ *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, trad. de Hermínio A. Carvalho, Lisboa, Ed. Meridiano, 1978, p. 55.

⁵⁴ *Idem*, p. 65.

⁵⁵ Quanto a esse aspecto, o ilustre professor da Universidade de Paris aponta que Escócia, Israel, União Sul-Africana, província de Quebec e Filipinas possuem direitos mistos das duas famílias, o que enseja a tentação de cogitar-se de família de direito ocidental (*Ibidem*, p. 48).

⁵⁶ *Direito romano*, 10. ed., Rio de Janeiro, Forense vol. I, p. 108-109).



No concernente ao Direito Romano primitivo, as opiniões a respeito da família são desavindas. Cada autor procura enfocar a família romana primeva à luz das próprias e mais variadas concepções⁵⁷.

Inspirado nos costumes dos germânicos e dos romanos, o direito canônico calculava o grau de parentesco na linha colateral de forma mais rígida, com base no número de gerações, grau por grau, até o ancestral comum, sem descer à pessoa cujo parentesco se desejava apurar. Vale dizer, contava-se apenas um lado ou um ramo. Se a contagem de ambos fosse igual, tanto fazia considerar um ou outro lado; se diferentes, prevalecia apenas a linha mais extensa. No gráfico retro, p. ex., Maria e José eram parentes em 2º grau; Ana e Teresa, em 3º terceiro grau. Desde 1983, porém, a diferença foi eliminada⁵⁸, o que significa dizer que há plena coincidência, no particular, entre o Código Canônico e os principais Códigos existentes, entre os quais se inclui o CC brasileiro.

Ilustra o mestre Washington que "o direito canônico reconhece ainda a existência de outra espécie de parentesco, o parentesco espiritual, derivado das qualidades de padrinho ou madrinha e afilhado, e que até constituía impedimento matrimonial. Mas nosso direito positivo nenhuma

⁵⁷ "Os autores procuram explicar essas características por diferentes concepções sobre a família romana primitiva. Sumner Maine defende a tese de que era ela um agrupamento patriarcal, baseado no vínculo de sangue. Fustel de Coulanges, dando especial relevo à religião, vê nela um agrupamento de pessoas ligadas por um culto: o dos mortos - crença segundo a qual os antepassados continuavam a viver no túmulo, transformados em deuses tutelares da família, mas necessitando dos cuidados de seus descendentes, que os mantinham enterrados junto ao lar comum. Meyer entende que a família romana surgiu da cisão de grupos sociais mais amplos do que ela, guardando-lhes as características. Arangio-Ruiz a concebe como órgão com finalidade precipuamente econômica. Bonfante a caracteriza como verdadeiro organismo político. E Kaser, por último, procura explicar as particularidades da família, em Roma, pela vida rural nos tempos primitivos" (José Carlos Moreira Alves, ob. cit., vol. II, p. 250).

⁵⁸ Giorgio Cian e Alberto Trabucchi: "La differenza è stata ora eliminata dal canone 108 del nuovo Codice di diritto canonico" (Costituto Apostolica sacrae disciplinae leges promulgata il 25 gennaio 1983 ed entrata in vigore il 27 novembre 1983), in ob. cit., art. 76, p. 278.



importância dá a esse suposto parentesco, insuscetível de produzir qualquer efeito jurídico"⁵⁹.

Em dissertação proferida em setembro de 1929 a respeito do direito de família da então União Soviética, o jurista Vicente Ráo, quanto ao tópico parentesco, discursou: "Em síntese: todas as uniões, mais ou menos efetivas, são 'casamento'; todos os filhos são filhos, sem distinção de categoria. Legítimos, naturais, adulterinos, incestuosos, todos, para todos os efeitos, são equiparados entre si. Podem a mulher e o marido ter consigo os filhos havidos com outrem, durante o casamento; podem tê-los ao lado dos filhos nascidos do casamento, sem que o outro cônjuge possa reclamar contra semelhante situação; todos os parentes são parentes, bastando, para serem considerados tais pela lei, o vínculo do sangue, sem o concurso do vínculo de direito".

Ensinou mais o ilustre autor de *O direito e a vida dos direitos*:

"Apenas nos resta acentuar que, relativamente ao parentesco, o Código obriga, com caráter de reciprocidade, os irmãos, os avós e os netos, a proverem ao mútuo sustento, em certos e determinados casos (arts. 55 e 56). Mas, ainda neste particular, mais parece ter sido intenção do legislador descarregar as responsabilidades do Estado - teoricamente definido como supremo tutor dos indivíduos - do que criar e manter laços de família".

"Bastante reduzido é, de resto" - rematou o festejado e saudoso professor da Faculdade de Direito do Largo São Francisco - "o círculo da família perante as leis dos Soviets: - somente reconhece, o Código, o parentesco entre ascendentes e descendentes, entre esposos e entre irmãos. Fora desses limites, laço algum legal prende, entre si, as

⁵⁹ Ob. cit., p. 239-240.



peças oriundas do mesmo tronco, ou unidas, segundo o conceito das demais legislações, pelo vínculo civil da afinidade"⁶⁰.

Não obstante o Direito Civil francês consagre, em princípio, notadamente a partir de 1972, a igualdade de direitos entre os filhos, persistem, ainda, restrições sucessórias ou tratamento diferenciado para o filho adulterino em certas circunstâncias, além da manutenção de parte da terminologia (filiação legítima), hoje banida de nosso direito⁶¹.

Enuncia Haniet Christiane Zitscher os princípios prevaletentes no direito de família alemão e no direito de família inglês:

"O direito de família alemão é caracterizado pela separação completa entre aspectos civis e religiosos do casamento, divórcio relativamente simples, não-reconhecimento da união estável, equiparação de filhos matrimoniais e extramatrimoniais e pelo princípio do bem-estar da criança acompanhado por intervenção estatal na vida familiar se houver necessidade. A Constituição sempre desempenhou papel forte no direito de família alemão, com seu art. 3º, II - igualdade entre homem e mulher -, e o art. 6º, cujos cinco incisos protegem a família e a criança extramatrimonial. Tanto os tribunais ordinários quanto o Tribunal Constitucional Federal moldaram o direito nessa área, muitas vezes, antes do legislador intervir. Isso porque o legislador ficou freqüentemente impedido pelo conflito central e permanente de atitudes culturais que costumam cunhar o entendimento popular e profissional da família na Alemanha, seja pela Igreja Católica, às vezes, apoiada por círculos conservadores de protestantes, seja pela maioria dos luteranos conjuntamente com as forças social-democratas ou socialistas"⁶².

Explana, quanto aos mesmos princípios básicos do direito de família inglês, a doutora pela Universidade de Hamburgo:

"O direito de família inglês é caracterizado pelos mesmos princípios que o direito de família alemão, mas há certas

⁶⁰ *Direito de família dos Soviats*, Rio de Janeiro, Cia. Ed. Nacional, 1931, p. 38-39.

⁶¹ Zeno Veloso, ob. cit., p. 180.

⁶² *Introdução ao direito civil alemão e inglês*, Belo Horizonte, Del Rey, 1999, p. 112-113.



diferenças sutis. A separação entre Igreja e Estado naturalmente é menor, o noivado e a união estável sofrem mais facilmente uma "incidência "de normas aplicáveis ao matrimônio, a equiparação entre filhos matrimoniais e extramatrimoniais está mais evoluída e os cônjuges são vistos mais independentes um do outro.

No direito da família prevalece direito estabelecido por leis, mas também há ampla jurisprudência — em sua maioria — interpretando estas leis"⁶³.

A noção de filiação ilegítima na Grã-Bretanha, segundo Andrew Baiham, professor da Universidade de Cambridge e editor da *International Survey of Family Law*, "continua, apesar de terem sido removidas quase que todas as suas desvantagens legais, porque pensou-se ser necessário segurar direitos (que agora chamamos de 'responsabilidade') dos pais não casados. Esta posição tem sido amplamente questionada e, atualmente, parece que, provavelmente em breve, haverá uma mudança na lei"⁶⁴.

A respeito do princípio de igualdade dos cidadãos, consagrado pela Constituição dos Estados Unidos da América, René David assevera que na Suprema Corte americana "mais recentemente manifestou-se uma tendência no sentido de impor igualdade entre filhos legítimos e ilegítimos, bem como quanto ao seu estatuto jurídico, no que se refere à possibilidade de estabelecer a sua filiação"⁶⁵.

O desembargador aposentado do TJSP e escritor Francisco César Pinheiro Rodrigues, o conceituado Prof. Charles Cole⁶⁶ e a jurista Maria Cristina Zucchi estão elaborando uma obra comparativa quanto à

⁶³ Ob. cit., p. 160.

⁶⁴ Palestra proferida em São Paulo e Curitiba, em março de 2001, sob o título "Direitos Humanos, Crianças e Divórcio na Inglaterra", *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, Síntese, n. 9, abr.-jun. 2001, p. 51.

⁶⁵ Ob. cit., p. 463.

⁶⁶ Professor Titular de Direito Constitucional e Diretor de Programas Internacionais da Faculdade de Cumberland da Universidade de Samford, Birmingham - Alabama.



realização prática da justiça entre o direito dos Estados Unidos da América e o do Brasil. O Prof. Charles Cole, por intermédio do primeiro, respondeu a indagações deste subscritor quanto a alguns aspectos do direito americano, ora transcritas, observada a fiel tradução feita pela já citada professora Maria Cristina Zucchi:

"a. As partes devem ter capacidade para casar, tanto idade mental quanto física. A idade física (requisito da) varia de Estado para Estado no sistema de governo americano. As leis que tratam da capacidade para o casamento são leis estaduais.

b. As 'causas' chamadas fundamentos para o divórcio nos Estados Unidos também variam de Estado para Estado (também as leis sobre divórcio, nos Estados Unidos, são leis estaduais). Os requisitos para o divórcio no Estado do Alabama são vida separada e distinta por dois anos, abandono voluntário, prisão por dois anos numa condenação por sete anos, prática de sodomia, além de drogas ilegais, incompatibilidade, confinamento em hospital de doenças mentais por mais de cinco anos sem previsão de cura, gravidez da mulher à época do casamento sem o conhecimento ou ato do homem, e crueldade física.

c. Uniões pela *common law* (uniões estáveis) baseiam-se na *common law* (direito consuetudinário) (casos de precedentes); porém, uniões pela *common law* e os requisitos das mesmas estão definidos em lei. Tais leis devem ser estaduais.

d. Pensão alimentícia pode ser dada por qualquer das partes nos Estados Unidos em geral, baseada na capacidade financeira das mesmas para suportá-la. É reconhecido geral mente que as partes que se divorciam têm o direito de viver da forma em que eles se acostumaram a viver (mesmo padrão de vida) durante o matrimônio, conciliada com a capacidade financeira da parte condenada ao pagamento da pensão.

e. É reconhecido geralmente por leis estaduais que uma pessoa pratica incesto se ela se casa ou se relaciona sexual mente com uma pessoa que ela sabe ser legítima ou ilegítima mente seu ascendente ou descendente consangüíneo ou por adoção (incesto é crime doloso - ofensa grave). Relações de parentesco consangüíneo ou por

23



afinidade também são aplicáveis para término de relações entre as partes com propósitos de prova privilegiada.

f. Nós reconhecemos, em geral, neste país, diferenças entre relações baseadas no parentesco consanguíneo e aquelas decorrentes de parentesco por afinidade. Seguimos o campo das relações civis para determinar direitos sucessórios quando do falecimento intestado ou sem designação de executor ou executora para o patrimônio intestado.

g. Fazemos a distinção, de modo geral, entre filhos legítimos e ilegítimos; contudo, o direito constitucional federal limita o modo pelo qual lei estadual pode discriminar filhos

ilegítimos. Deve-se reconhecer, porém, que o testador (pessoa que faz o testamento) pode, de um modo geral neste país, deserdar um filho. Luisiânia, com sua legislação sobre patrimônio, é uma exceção à regra aqui, porque baseia-se no *civil law* (direito estatutário).

h. Os filhos ilegítimos, para herdar de um ancestral considerado intestado (morte de uma pessoa sem testamento deserdando o ilegítimo) teriam que, primeiramente, provar sua legitimidade, para então buscar sua parte legal no patrimônio, que seria igual à dos outros filhos.

i. Os direitos dos filhos e dos pais são estabelecidos pelos Estados dos EUA. A legislação federal seria aplicada apenas para títulos (fundamentos de um direito), tais como seguridade social etc, mas seria baseado em direitos a serem estabelecidos com base em lei estadual do domicílio do requerente.

j. A última observação seria a advertência de que cada Estado dos EUA tem autoridade para estabelecer as relações matrimoniais que ele vai reconhecer e permitir que sejam criadas. Há atualmente apenas 8 entre 11 Estados que reconhecem o *common law marriage* (união estável); contudo, muitos Estados criaram relações legais baseadas em princípios do *common law*⁶⁷.

⁶⁷ Resposta do Prof. Charles Cole enviada a este subscritor pelo desembargador aposentado do TJSP Francisco César Pinheiro Rodrigues.



Este autor elaborou apanhado em apertadíssimo resumo das lições de Vera Maria Caldas sobre alguns aspectos do direito americano quanto ao tema do presente trabalho⁶⁸:

Nos Estados Unidos, alguns estados conservam uma tradição do *common law* segundo a qual são considerados ilegítimos filhos de pais não casados no momento de seu nascimento. A tendência, entretanto, é abolir essa condição jurídica. Certos estados adotam a Lei Uniforme sobre Parentesco⁶⁹, a determinar que, independentemente do estado civil dos pais, toda criança tem direitos iguais⁷⁰. Outros permitem a legitimação da criança pelo casamento de seus pais, pelo reconhecimento da paternidade por parte do pai natural ou por sentença judicial. A citada lei aceita a presunção, refutável, de que o marido da mulher casada é o pai de seu filho⁷¹, enquanto a Lei Uniforme sobre Casamento e Divórcio⁷² prevê que filhos de um matrimônio nulo ou anulável devem ser considerados legítimos⁷³. Muitos estados concedem ao pai natural que reconhecer a paternidade de criança ilegítima direitos de guarda, de visita, de herdar e ser indenizado pela morte da criança por ato ilícito.

Com base no princípio da proteção isonômica das leis, a Suprema Corte americana declarou inconstitucionais normas que negavam à criança ilegítima o direito de herdar ou ser sustentada pelo pai natural, de receber os benefícios do seguro por acidentes de trabalho ou indenização pela morte de seus pais por ato ilícito. Tal Corte, por outro lado, admite a constitucionalidade de leis que, para desencorajar relacionamentos extramatrimoniais, impõem sanções a pai de filho

⁶⁸ A Profa. Dra. Vera Maria Caldas, com frequência, dá cursos de direito americano na Escola Paulista da Magistratura e no Instituto dos Advogados de São Paulo.

⁶⁹ *Uniform Parentage Act* (lei proposta inicialmente em 1973, reformada e aprovada em 2000).

⁷⁰ *Uniform Parentage Act*, § 2.

⁷¹ *Uniform Parentage Act*, § 5.

⁷² *Uniform Marriage and Divorce Act*, apresentada em 1970.

⁷³ *Uniform Marriage and Divorce Act* (§ 208 (d)).



ilegítimo. Crianças concebidas por inseminação artificial são consideradas legítimas se o procedimento for realizado e declarado por médico, se a mulher for casada e se autorizar, com o marido, o ato⁷⁴.

⁷⁴ Extraído do artigo *Visão geral do direito americano com relação à legitimidade, ilegitimidade, reconhecimento de filhos e conseqüentes direitos e obrigações*, publicado no site da "Caldas Law Studies Center" (disponível em: <http://www.americanlaw.com.br/artigos.htm>, acesso em 27.11.02).

